Ein Beitrag zu der rechtlichen Charakterisierung der Maßnahmen des § 890 C. P. O.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ERNST STIER

Gerichtsassessor in Daressalam

Daressalam
Druck: „Deutsch-Ostafrikanische Zeitung"
1909

Ein Beitrag zu der rechtlichen Charakterisierung der Maßnahmen des § 890 C. P. O.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ERNST STIER

Gerichtsassessor in Daressalam

Daressalam

Druck: „Deutsch-Ostafrikanische Zeitung"

1909

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0098

Meinen lieben Eltern!

Literatur.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschens Rechts. Begründet von J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel.

Deutsche Juristenzeitung. Begründet von Laband, Stenglein und Staub. Herausgegeben von Laband, Hamm und Heintz.

Dorendorf, Arrest und einstweilige Verfügungen nach den Vorschriften der deutschen Zivilprozessordnung. Breslau 1884.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.

Endemann, Der deutsche Zivilprozess, Berlin 1879.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1888.

Fitting, Der Reichszivilprozess. Berlin 1907 12. u. 13. Auflage.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Tübingen und Leipzig 1908.

Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 1. Dezember 1899. (J. M. Bl. S. 627) [Preussen].

Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 1. März 1899 (Elsass-Lothringen).

Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher (J. M. Bl. 1900 S. 621) [Bayern].

Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher im Fürstentum Birkenfeld vom 28. Dezember 1899.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877. Berlin 1880.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. München 1886.

Jsaac, Zwangsstrafe und Zwangsstrafverfahren in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Herausgegeben von v. Liszt und von Lilienthal Bd. 21.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen, Jahrgang 1898.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins. Herausgegeben von Dr. Hugo Neumann.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Berlin 1905.

Meyer Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl. Leipzig 1907.

Merkel, Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden deutschen Prozessrecht, Halle 1880.

Mugdan u. Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Berlin 1905.

Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 31 Mai 1870 und dem Einführungsgesetze für Elsass-Lothringen vom 30. August 1871. 14. Ausgabe, Berlin 1901.

Peters, Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach Preussischem Recht. Berlin 1884.

Petersen, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen. 4. Aufl. Lahr 1901.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, München 1896.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 3. Aufl.

Preger, Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht. Archiv für öffentliches Recht. Herausgegeben von Laband und Stoerk, Bd. 7.

Reincke, Die deutsche Zivilprozessordnung, 5. Aufl. Berlin 1904.

Romen, Die Reichsgesetze, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Verhaftung und Bestrafung. Berlin 1904.

Sächsisches Achiv für bürgerliches Recht und Prozess. Herausgegeben von Hoffmann, v. Sommerlatt und Wulfert.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906.

J. A. Seuffert's Achiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von E. A. Seuffert.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 nebst dem Einführungsgesetze. 9. Aufl. München 1905.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 2. Aufl. München 1906.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. 9. Legislaturperiode, 5. Session 1897/98.

Struckmann und Koch, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Zivilprozess bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen. In der Fassung vom 20. Mai 1898 8. Aufl. Berlin 1901.

Sydow und Busch, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz in den neuesten Fassungen. Berlin 1905.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 3. Aufl., Jena 1904.

Wach, Adolf, Handbuch des deutschen Zizilprozesses, Berlin und Leipzig 1885.

v. Wilmowski und Levy, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. 7. Aufl. Berlin 1895.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Begründet von Busch. Herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus.

Zeitung der Anwaltskammern im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg a/S. Jahrgang 1894.

Gemäss § 890 Zivilprozessordnung ist ein Schuldner, welcher der Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden zuwiderhandelt wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu 1500 M. oder zur Strafe der Haft bis zu 6 Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf 2 Jahre Haft nicht übersteigen

Diese Gesetzesbestimmung hat in Wissenschaft und Praxis seit jeher Anlass zu lebhaften Streit über den Charakter der hier angedrohten Strafe gegeben. Man streitet darüber, ob diese Maßnahmen rein zivilprozessuale Zwangsvollstreckungsmittel sind, „Zwangsmittel zum Zwecke der Willensbeugung ebenso wie die Maßnahmen der §§ 887-889 der Zivilprozessordnung“[1]) oder ob es sich hier nicht vielmehr um Strafen im Sinne des Strafrechts handelt. Die Entscheidung dieser Frage ist wie wir sehen werden, in ihrer rechtlichen Wirkung von erheblicher Bedeutung.

[1]) Schutzenstein bei Busch, Bd 35 S. 515,517.

Von den zahlreichen Kommentatoren vertritt die Mehrzahl die Ansicht, dass der § 890 der Zivilprozessordnung eine den Normen des materiellen Strafrechts, wenn auch nicht völlig gleichstehende, so doch fast gleichkommende Strafbestimmung enthält und daß daher die festgesetzten Strafen wirkliche Strafen sind. Auf diesem Standpunkt steht insbesondere Meyer in seinem Lehrbuch des Strafrechts (S 7.) Er erklärt die Strafe des § 890 für eine wirkliche Strafe, „die sich nicht als blosse privatrechtliche bezw. prozessrechtliche Regelung darstelle, sondern die den Schuldigen wirklich als Strafe zu treffen bestimmt sei". In gleichem Sinne beurteilen sie als wirkliche Strafe Oppenhoff (S. 875), Gaupp-Stein (S. 741,743), Struckmann-Koch, (S. 307), Plank (S.795), Wilmowski-Levy (S. 1118), Endemann (S. 325) und Falkmann (S. 333). Und auch in Entscheidungen der verschiedensten Gerichte findet sich diese Meinung vertreten, wie im weiteren Verlauf der Abhandlung noch näher zu erwähnen sein wird. Gleich wohl ist diese zur Zeit noch herrschende Ansicht keinesfalls so gerechtferigt. Die genannten Autoren wollen, soweit sie überhaupt Gründe anführen, die Stütze für ihre Ansicht darin finden, dass der Text des §890 a. a. O. die Ausdrücke „Strafe der Haft" und „Gesamtstrafe"[1]) enthält, Diese Wortfassung erinnert aller dings sehr an die Ausdruckweise unseres materiellen Strafrechts. An sich wäre auch nicht undenkbar, daß sich in der Zivilprozessordnung, einem Gesetz, das mit wenigen Ausnahmen nur die Privatrechts-

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 418.

verfolgung regelt, eine Bestimmung srafrechtlichen Charakters im speziellen Sinne finden sollte Denn eine ganze Reihe von Gesetzen zivilrechtlichen Inhalts enthält solche Strafbestimmungen im Sinne des Strafrechts. Es sei nur beispielweise an das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs oder an die Reichs-Konkursordnung erinnert. Dennoch ist es nicht angängig, hier aus der Ausdrucksweise des § 890 auf den Charakter der Strafe selbst zu schliessen.

Wenn der Ausdruck „Strafe" hier gebraucht ist, so war eben kein anderes Wort anwendbar, um auszudrücken, in welcher Weise die Geldstrafe oder die Haft als Zwangsmittel für den Antragsgegner dienen sollte. Und dass das Wort „Strafe" nicht unbedingt im strafrechtlichen Sinne aufzufassen ist, ergibt sicht bereits aus der Anwendung desselben Wortes im § 888 der Zivilprozessordnung. Bei diesem Paragraphen sind sich aber trotz des Wortes „Strafe" die Autoren [1]) darüber einig, dass es sich nicht um eine wirkliche Strafe handelt. Ebensowenig kann man aus dem Worte „Gesamtstrafe" etwas für einen strafrechtlichen Charakter entnehmen.[2]) Allerdings wird der Ausdruck „Gesamtstrafe" im Strafrecht gebraucht. Nach § 74 des Reichs-Strafgesetzbuches ist gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe

[1]) Wilmowski-Levy S. 1116; Struckmann-Koch S. 305; Seuffert S. 579; Gaupp-Stein S. 737; Reincke S. 745; Entsch. d. R.G. Bd. 53 S. 183

[2]) Kleinfeller S. 690.

Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht (Abs. 1). Das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen . . . . . (Abs. 3). Hier bezeichnet er aber nur die Voraussetzungen, unter denen die Summe der Einzelstrafen nickt erkannt werden darf. Diese Vorschrift kommt jedoch gerade im Strafrecht bei der Verhängung mehrerer Geld- oder Haftstrafen nicht zur Anwendung. Bei dieser letzten Strafe wird dann auch nicht der techniche Ausdruck „Gesamtstrafe" gebraucht, sondern es wird von einem „Gesamtbetrage" der Haft gesprochen. Hätte man aber für die Maßnahmen des § 890 den entsprechenden technischen Ausdruck aus dem Strafrecht entnehmen wollen, so wäre der Ausdruck „Gesamtstrafe" falsch gewesen, man hätte vielmehr von einem „Gesamtbetrage" sprechen müssen. Aus den Kommissionsverhandlungen erhellt zudem dass der Ausdruck „Gesamtstrafe" nicht im technichen Sinne des Strafgesetzbuches zu verstehen und zu verwerten sein sollte, daß er vielmehr lediglich gegeben wurde, um der Summe der gleichzeitig zu verhängenden Einzelstrafen eine Grenze zu ziehen, damit nicht maßlose Strafen riskiert würden[1])

Wie diese Erwägungen so sprechen nunmehr aber noch eine ganze Reihe andere Gründe gegen die herrschende Ansicht.

1) Hahn S. 861.

Der im § 890 vorgeschriebene Antrag ist nicht auf gleiche Stufe mit dem im Strafgesetzbuch §§ 61 ff. geregelten zu stellen. Denn die im Strafrecht vorgesehene Rügefrist von 3 Monaten ist der Zivilprozessordnung im obigen Falle unbekannt[1]). Im Strafrecht kann der Antrag nur dann zurückgezogen werden, wenn dieses im Gesetz ausdrücklich vorbehalten ist. Von dem Strafantrag des § 890 wird mit Recht allgemein angenommen, dass er, ohne dass in der Zivilprozessordnung eine besondern Vorschrift hierüber enthalten ist, zurückgezogen werden kann und dass dann das ganze Verfahren nicht mehr fortgesetzt werden darf.[2]) Wenn die Normen des Strafrechts analog anzuwenden wären, müsste man mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift über die Zulässigkeit der Rücknahme diese für unzulässig halten. Das Oberlandesgericht München hält hierfür auch die Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlusses für einflusslos.[3])

Aus der Tatsache, dass die Geldstrafe dem Staate verfällt[4]), kann ebenfalls kein Schluss auf den Strafcharakter der Massnahmen des § 890 gezogen

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 425; Entsch. d. KG. in Rechtspr. d. OLG. Bd. I S. 91 ff Entsch. d. OLG. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 57 S. 247 ff.; Petersen S. 593.

[2]) Beschluss des Landgerichts Halle v. 11. 11. 93 in der Ztg. d. Anwalts-Kammer im Oberlandesgerichts-Bezirk Naumburg a/S. Jahrgang 1894; OLG. Dresden a. a. O

[3]) Recht 1905 S, 341.

[4]) Entsch. d. OLG. Dresden a. a. O.; Entsch. d. OLG. Breslau i. Rechtspr. d. OLG. Bd. VI. S. 142; Planck S. 796; Endemann S. 323; Gaupp-Stein S. 745; Struckmann-Koch S; 309; Seuffert S, 584; Schultzenstein b. Busch Bd. 35 S. 521. Falkmann S. 310; Eltzbacher S. 210.

werden. Das Kammergericht sieht hierin das einzige strafrechtliche Merkmal[1]). Denn auch im Falle des § 888 verfällt die Geldstrafe dem Staate, ohne dass hieraus von irgend einer Seite der Schluss gezogen wird, dass es sich nun deshalb hier um eine strafrechtliche Norm handele. Dieser Beweisgrund kann auch nicht ausschlaggebend sein. Denn die auf Grund des § 890 verfallene Strafe kommt nur deshalb dem Staate zu, weil ein sonstiger Empfangsberechtigter nicht da ist. In der Kommission hatte der Abgeordnete Bähr beantragt:[2]) „In den Fällen der §§ 720/21 kann auf Antrag des Gläubigers statt der Strafe auch auf eine an den Gläubiger zu erlegende Busse bis zu 1500 ℳ. erkannt werden . . . .". Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Da die Busse somit nicht in das Gesetz aufgenommen ist, bleibt der Staat allein als derjenige übrig, dem die Strafe zufliessen kann.

Betrachten wir ferner den Zweck der Strafe des Strafgesetzbuches und der Strafe des § 890 Zivilprozessordnung: Die Strafe des Strafgesetzbuches hat den Zweck, die öffentlichen Interessen zu wahren. Sie fügt dem Täter für ein Uebel, das er einem andern angetan, und womit er sich gegen die allgemeine Rechtsordnung vergangen hat, wieder ein solches zu. Die Aufgabe der Massnahmen des § 890 a. a. O. ist dagegen nicht eine Vergeltung für verübtes Unrecht[3]); sie wollen nicht eine

[1]) Rechtspr. d. OLG. Bd. I S. 91 ff.
[2]) Hahn S. 862.
[3]) Wie das Reichsgericht in Bd. 36 S. 418 annimmt.

Uebeltat ahnden, sondern sie wollen das Recht erzwingen. So führt Isaac aus[1]: " Dem Gesetzgeber hat nichts ferner gelegen, als die Nichterfüllung der auf Unterlassung lautenden Urteile zu bestrafen. Was er suchte, war ein Mittel, um diese auf gewöhnliche Art und Weise unerzwingbaren Urteile zu erzwingen. Die Strafen . . . des § 890 stellen dieses Mittel dar und sie hätten an dieser Stelle im zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahren gar keine Existenzberechtigung, wenn sie nicht lediglich dem Zwecke der Zwangsvollstreckung dienten." Sie sind ein vom Prozessgericht auf Antrag des Gläubigers gegen den Schuldner vorgenommener Akt der Zwangsvollstreckung wie jede andere im 8. Buche der Zivilprozessordnung aufgeführte auf Antrag des Gläubigers vorzunehmende Vollstreckungsmassregel.[2]) Sie ist nur ein Mittel, ein zivilrechtliches Urteil zu vollstrecken. Dies ist der massgebende Gesichtspunkt der Verhängung der Strafe und nicht die zufällige Wirkung der Massregel[3]).

Wenn man nun anführt, der § 890 verfolge ebenso wie die sogenannte Abschreckungstheorie im Strafrecht den Zweck, den Täter von einer Handlung abzuhalten, die ihn mit dem Gesetze in Konflikt bringt, so kann man doch bei der genannten Theorie leicht das öffentlich rechtliche Moment gegenüber den Massnahmen der Zivilprozessordnung

[1]) Isaac S. 679.

[2]) Entsch. d. OLG. Dresden a. a. O.

[3]) Entsch. d. R.G. in Str. S. Bd. 14 S. 161.

erkennen. Steht man auf dem Standpunkte der Abschreckungsthe .ie, so muss man zugeben, dass diese sich gegen alle Jndividuen richtet, sie will bei allen in Erwartung der Strafe ein Unlustgefühl hervorrufen, dass die zu erwartende Strafe den aus der Tat sich ergebenden Vorteil .übertrifft. Die Massnahmen des § 890 richten sich aber nicht gegen alle, sondern nur gegen ein ganz bestimmtes Individuum.[1]) Wenn dem A eine Handlung untersagt ist und B diesem Verbot zuwiderhandelt, so kann B nicht auf Grund des gegen A erlassenen Rechtstitels belangt werden. Steht man aber nicht auf dem Standpunkt der Abschreckungstheorie, sondern nimmt man an, dass die Strafe „sich als Unrechtsfolge an einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand knüpft,"[2]) so hat man einen weiteren Gegensatz. Die Massnahmen des § 890 sollen nicht in der Vergangenheit liegendes Unrecht sühnen, sondern sollen ein zukünftiges Verhalten des Schuldners regeln.[3])

Weiter wird das Gericht im Falle des § 890 wie im ganzen Zivilprozess, abgesehen von wenigen Ausnahmen, wie beispielsweise bei Eheprozessen, nur im Interesse der Parteien und nicht in dem der Allgemeinheit tätig. Der Gläubiger hat auch durchaus kein Interesse an der Bestrafung des Schuldners. Er will nur mit Hilfe des Richters ihn zwingen, seine vom Gericht, wenn auch vielleicht nur als einstweilen

[1]) R. d. OLG. Band I S. 91 ff.
[2]) Liszt S. 232.
[3]) Vergl. v. Amsberg bei Hahn S. 861.

berechtigt anerkannten Interessen zu achten.[1]) Umgekehrt liegt auch ein öffentliches Interesse nicht vor

Der Allgemeinheit entsteht weder Nutzen noch Schaden, ob der Schuldner der Weisung des Richters Folge leistet oder nicht.

Wenn trotzdem sowohl das Reichsgericht[2]) wie gelegentlich das OLG. Königsberg[3]) sagen: „Die Strafe ist für Uebertretung des richterlichen Gebots gegeben“ [4]) so ist dem folgendes entgegen zu halten Anerkannt ist [5]), daß wenn z. B. auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Strafe festgesetzt wird! und vor Rechtskraft dieses Straffestsetzungsbeschlusses das materielle Recht in der Hauptsache wegfällt, oder wenn der Gläubiger seinen Antrag zurückzieht oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, daß dann der Straffestsetzungsbeschluß hinfällig ist. Wenn Rechtskraft des Beschlußes vorliegt, soll hingegen die Aufhebung des Beschlusses nicht mehr möglich sein, obgleich auch das materielle Recht in der Hauptsache wegfällt? Dies kann nicht richtig sein. Denn bei noch nicht rechtskräftigem Straffestsetzungsbeschluß ist das Gebot des Richters ebenso übertreten. Hierbei soll nun Rücksicht genommen werden auf das zu Grunde-

[1]) Hellmann S. 887.

[2]) Seuff. Arch. Bd. 48 S. 477 u. JW. 1898; Seiff. S. 583

[3]) Monatsschr. für Posen, West- und Ostpr Jahr. 1898 S. 160.

[4]) Eltzbacher S. 203, 205; Seuff. Arch. wie zu 2); Kohler i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 80 S. 254; Schneider bei Busch Bd. 26 S. 451.

[5]) Seufferts Arch. Bd. 57 S. 267 ff. Rhein. Arch. Bd 95 II S. 11; Seuffert S. 585, Gaupp-Stein S. 745; Petersen S. 593

liegende Rechtsverhältnis und gesagt werden können: Die Strafe wird nicht mehr rechtskräftig und darf daher nicht mehr vollstreckt werden!

Wenn man diesen Unterschied macht, zwischen rechtskräftigem und nicht rechtskräftigem Straffestzungsbeschluss, dann läßt sich die Strafe mit der Begründung nicht aufrecht erhalten, daß sie verhängt werde wegen Zuwiderhandlung gegen ein richterliches Gebot. Die Absicht aus diesem Grunde eine Strafe zu verfügen, kann der Gesetzgeber auch garnicht gehabt haben, denn was seitens des Richters nur unter der Voraussetzung angedroht ist, daß der Antragsteller im Recht sei, kann doch nicht bestehen bleiben, wenn nachträglich die einstweilige Verfügung wieder aufgehoben wird und es sich herausstellt, daß ein solches Recht nicht bestanden hat. Allerdings suchen die Autoren diesen Vorwurf abgesehen von der Bestimmung der § 945 C. P. O. mit der, wie später auszuführen sein wird, vielfach den Parteien nicht gedient ist, dadurch zu entkräften, daß sie sagen; die rechtskräftig festgesetzte Strafe muß auch nach Wegfallen des zu Grunde liegenden Rechtes vollstreckt werden, gerade so wie eine rechtskräftige Strafe im Strafrecht vollstreckt werden muß, wenn auch das Gesetz später wegfällt. [1]) Dieser Vergleich ist nicht zutreffend. Wenn auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Strafe rechtskräftig festgesetzt wird und die einstweilige Verfügung wird dann später als von Anfang an für ungerechtfertigt

[1]) Seuffert S. 585; Schneider bei Busch Bd. 26 S. 456.

erklärt, weil nachträglich erkannt wird, daß der zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung und ihrer Strafandrohung angenommene Tatbestand sich als nicht vorhanden ergibt, so liegt der Fall doch so, daß hier, um einen strafrechtlichen Vergleich zu ziehen, sich der als strafbar angenommene Tatbestand später nicht als dieser strafbare Tatbestand herausstellt. In den Fällen des § 2 des Str. G. B. ändert sich hingegen nur die Gesetzesnorm, während der Tatbestand unter dem neuen Gesetze derselbe bleibt, wie er unter dem alten gewesen ist.

Wenn man einen Vergleich mit dem Strafrecht ziehen will, so darf dieser sich nach vorstehendem nicht auf den Vergleich mit dem Wegfallen eines Strafgesetzes erstrecken, sondern dahin, daß etwa im Wiederaufnahmeverfahren der Tatbestand neuerdings als ein anderer sich darstellt, und daher das alte Urteil durch ein späteres aufgehoben wird. Mit diesem Ergebnis, daß auch trotz Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlußes bei Wegfall der materiellen Grundlage der Beschluß selbst fortfällt, befindet sich das OLG. München in seiner Entscheidung vom 22. Oktober 1903 freilich ohne nähere Begründung in Uebereinstimmung.[1])

Der Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlußes kann überhaupt keine besondere Bedeutung beigelegt werden. Denn bei ihm handelt es sich, vorausgesetzt, daß die einstweilige Verfügung oder das Urteilt, auf Grund deren sie erlassen ist, nicht rechts-

[1]) Recht 1905 S. 341.

kräftig ist, seiner ganzen Zweckbestimmung nach um ein Provisorium. Die Strafandrohung ist unter der Voraussetzung ergangen, daß dem Gläubiger das, was er vorläufig nur glaubhaft gemacht hat, zum Obsiegen verhelfen würde. Daß ein rechtskräftiger Titel aufgehoben wird, ist auch sonst nicht unmöglich. Abgesehen davon, daß dieses im Wiederaufnahmeverfahren möglich ist, gibt es auch noch andere Fälle, die den erwähnten mehr entsprechen. Wenn z. B. ein über den Grund des Anspruchs ergangenes Zwischenurteil nach § 304 der CPO. in die Berufungsinstanz geht, während über die Höhe des Anspruchs in erster Instanz rechtskräftig entschieden ist und in der Berufungsinstanz wird dann der Anspruch als nicht bestehend festgestellt, so fällt damit auch das rechtskräftige Urteil über die Höhe weg. (Entsch. d. R.G. Bd. 15 S. 350) Ebenso verhält es sich bei den prozeßhindernden Einreden.[1])

Man kann auch die Verfügung der Strafen in Fällen der vorliegenden Art nicht von dem Gesichtspunkte aus rechtfertigen, die Aufrechterhaltung der Achtung der richterlichen Autorität verlange solches.[2])

Die Strafe, welche auf Nichtbefolgung eines durch einstweilige Verfügung erlassenen Verbotes gesetzt ist, bezweckt nicht die Aufrechterhaltung des Gehorsams, sondern die Förderung des materiellen Rechtes; sie darf daher nur so lange zur

[1]) Entsch. d. R.G. Bd. 5 S. 425, Bd. 15 S. 348.

[2]) Entsch. d. R.G. Bd. 43 S. 398 a. Schneider bei Busch Bd. 26 S. 448 ff.

Ausführung kommen, als seine materielle Grundlage zu Recht besteht. So entspricht es der Autorität des Staates, „denn auch die Strafentscheidung des Gerichts ergeht unter der allen Beteiligten bekannten stillschweigenden Resolutivbedingung, daß die zu Grunde liegende zivilrechtliche Urteilsnorm objektiv zu Recht bestehe. Die Autorität des Staates scheint besser zu fahren, wenn die schließlich obsiegende — also nach dem Endbefund in iure versierende — Partei nicht wegen einer nachträglich als rechtmässig erkannten Gehorsamsverweigerung von demselben Staate, der ihr schließlich Recht gibt, inmitten des Verfahrens strenge bestraft wird.[1])

Man kann nicht annehmen, daß die auf Grund einer einstweiligen Verfügung gefällte Strafe zu Recht bestehen bleiben kann, trotzdem dieses später sich als zu Unrecht erlassen herausstellt, nur weil der Schuldner sich gegen ein richterliches Verbot vergangen hat. Denn bei allen Bestrafungen wird objektives Recht gesucht und hier soll schon eine Strafe verhängt werden, wenn objektives Recht noch garnicht feststeht und soll bestehen bleiben, wenn sogar Unrecht festgestellt wird?! Dieses widerspricht so sehr dem Rechtsgefühl, daß der Gesetzgeber es nicht gewollt haben kann.

Gaupp-Stein u. A. [2]) gehen in der Beurteilung der Maßnahme des § 890 als Strafe so weit, daß sie ein Rückforderungsrecht der auf Grund eines

[1]) Görres bei Busch Bd. 35 S. 376.

[2]) S. 745; Seuffert S. 585; Schneider bei Busch Bd. 26 S. 455.

rechtskräftigen Straffestsetzungsbeschlußes gezahlten Strafe selbst nach Aufhebung des Titels für unmöglich halten. Sie halten nur eine Rückerstattung im Gnadenwege durch den Landesherrn für möglich. Angenommen, diese Ansicht bezüglich der Begnadigung wäre richtig, so wäre es freilich ein durchaus gerechtes Verfahren des Landesherrn, einen Schuldner, der, wie sich später herausstellt, in seinem guten Recht gewesen ist, dieser Wohltat teilhaftig werden zu lassen. Es ist aber noch niemals ein Fall dieser Art bekannt geworden und auch nicht in den bei Gelegenheit von Festen im Herrscherhause üblichen Amnestien erwähnt worden. [1]) Die Berater der Krone bei diesen Maßregeln müssen also auch nicht an eine solche „Strafe" gedacht haben.

Wären die Maßnahmen des § 890 wirkliche Strafen, so hätte der Gesetzgeber sicherlich für sie eine Vorschrift, analog der in dem Gesetz vom 20. Mai 1898, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen gegeben. Denn wenn irgendwo, wäre doch in diesem Falle eine solche Bestimmung am Platze, zumal, wenn es sich um Verbüssung einer Haftstrafe handelt, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung angeordnet wird, die sich später als ungerechtfertigt heraustellt.

Man wende nicht ein, dem Schuldner stehe es ja frei, auf Grund des § 945 der Zivilprozeßordnung

[1]) Vergl. Dtsch. Reichsanzeiger und Kgl. pr. Staatsanzeiger 1906 No. 201.

sein Recht geltend zu machen. Auf Grund dieser Bestimmung kann er nur den Schaden verlangen, den er durch Vollzichung der einstweiligen Verfügung erlitten hat, nicht durch Zuwiderhandeln.

Ein weiteres Moment, das die Verneinung des strafrechtlichen Charakters der Massregeln des § 890 rechtfertigen dürfte, ist folgendes:

Würde man die Strafe des § 890 als wirkliche Strafe anzusehen haben, so müsste es vor allen Dingen möglich sein, die nichtbeitreibbare Geldstrafe in Freiheitsstrafe umzuwandeln. Ueber diese Unmöglichkeit herrscht aber in der Rechtssprechung und und Literatur fast völlige Uebereinstimmung.[1])

Nur Endemann (S. 323) führt seine nun einmal bestehende Ansicht von dem strafrechtlichen Charakter der Massnahmen des § 890 folgerichtig durch und hält auch dieses für möglich. Derselben Meinung ist Reincke (S. 747).

Der Standpunkt von Endemann und Reincke erscheint aber bedenklich. Wenn der Gesetzgeber diese Möglichkeit hätte zugeben wollen, hätte er, wie in den Fällen der §§ 380, 390 ZPO. es ausdrücklich angeordnet.

Ferner spricht gegen den Strafcharakter der Massnahme des § 890 die Möglichkeit, dass mit

[1]) Entsch. R.G. Bd. 7 S. 360; Isaac S. 647; Hellmann S. 587; Seuffert S. 584; Kleinfeller S. 691; Schmidt S. 592 Anm. 5; Gaupp-Stein S. 745; Struckmann-Koch S. 305,307; Petersen S. 593; OLG. Köln in Rechtsprechung der OLG, I S. 245, Schultzenstein bei Busch Bd. 35 S. 519 Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 161.

[2]) Entsch. d. R.G. Bd. 43 S. 405; JW. 1899 S. 95; Schultzenstein S. 519; a. M. Eltzbacher S. 206.

dieser Strafe auch juristische Personen belegt werden können,[1]) während die Strafen des Strafgesetzbuches nur physische Personen treffen können, Dieses ist auch, vom praktischen Gesichtspunkte aus betrachtet, durchaus notwendig. Eltzbacher verneint allerdings die Möglichkeit, den § 890 auch gegen juristische Personen anzuwenden und will nur ein Vorgehen gegen deren gesetzliche Vertreter für zulässig erachten. Wenn dieses aber richtig wäre, so wäre die Zwangsvollstreckung in vielen Fällen vollständig ausgeschlossen. Die Beitreibbarkeit einer Geldstrafe könnte der gesetzliche Vertreter leicht dadurch vereiteln, dass er z. B. durch Gütertrennung und dergleichen seine Unpfändbarkeit herbeiführte. Wenn z. B. ein Direktor einer Aktiengesellschaft nur ein geringes Gehalt erhält und vorher durch Ueberlassung von Aktien oder sonst wie hierfür entschädigt ist, und er diese Werte auf seine Frau überträgt, so wird vielfach eine Zwangsvollstreckung unmöglich sein.

Schliesslich erhellt auch aus der Entstehungsgeschichte des § 890, dass die in ihm normierten Massnahmen nicht strafrechtlichen Charakters sind.

Die Motive der Zivilprozessordnung sagen zu § 890[2]): „Die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, ist eine fortdauernde und der Zwang kann nur als Repression durch Ausführung der angedrohten Strafen in jedem Fall des Zuwiderhandelns wirken.“ Schon aus dieser Begründung ist zu

[1]) Entsch. d. R. G. Bd. 43 S. 405; JW. 1899 S. 95; Schultzenstein S. 519; a. M. Eltzbacher S. 206.

[2]) Hahn S. 467.

ersehen, dass die Strafe bloss den Zweck hat, auf den Schuldner einen Zwang auszuüben, um ihn zur Befolgung seiner Pflicht, dem Unterlassen, zu veranlassen, und da dieses Unterlassen nicht anders vollstreckt werden kann, — man kann den Schuldner doch nicht so lange der Freiheit berauben, wie seine Verpflichtung besteht, — muss man eben das Zuwiderhandeln mit Strafe belegen.

In den Kommissionverhandlungen sind die Massnahmen der §§ 888, 890 zum Teil ganz gleich behandelt worden. Der Abgeordnete von Schwarze und der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg[1] haben sich beide dahin geäussert, dass die Strafen der § 720, 721 keine Strafen im kriminellen Sinne, sondern Zwangsmittel[2] seien. Warum will man nun während, wie bereits angeführt heute allgemein anerkannt wird,[3] dass die Massregeln des § 888 keine direkten Strafen sind, hinsichtlich des Charakters der Strafbestimmung des § 890 eine Ausnahme machen?

Ganz abgesehen von der gleichartigen Behandlung bei der Kommionsberatung wäre es nicht ersichtlich, warum nun Strafen des § 888 nicht als Strafen für die Nichterfüllung der richterlichen Anordnung angesehen werden sollten und weshalb der Schuldner

[1] Hahn S. 862, 863.

[2] Vergl. Schmidt S. 592 Anm. 4; Schultzenstein bei Busch Bd. 35 S. 491 Anm. 20.

[3] Entsch. d. R.G. Bd. 53 S. 183; Planck S. 795; OLG. Dresden bei Busch Bd. 7 S. 775; Wilmowski-Levy 1116; Gaupp-Stein S. 737, 738; Struckmann-Koch S. 307; Seuffert S. 579; Reincke S. 745; Preger S. 422; Schultzenstein S. 490 f.

bis zu Beitreibung der Geldstrafe noch immer seiner Verpflichtung nachkommen kann, so dass die Strafe wegfällt.[1]) Auch im Falle des § 888 befolgt der Schuldner eine richterliche Anordnung nicht, wenn also im Falle des § 890 die Nichtbefolgung der richterlichen Anordnung der Grund für den strafrechtlichen Charakter der Strafe sein soll, so müsste man doch ebenso gut bei § 888 einen strafrechtlichen Charakter annehmen.

Auch das Reichsgericht hat jetzt in seinen letzten Entscheidungen den Charakter der Strafe des § 890 als zivilprozessuales Zwangsmittel schon mehr betont.

In dem Beschluss vom 23. Januar 1896[2]) bezeichnet es noch die Inswerksetzung der Massnahmen des § 890 nicht als eine einfache zivilprozessuale Vollstreckungsmassregel, sondern als die Veurteilung zu einer wirklichen Strafe als einer Sühne für begangenes Unrecht, auf die bis zu einem gewissen Grade die Grundsätze des Strafrechts anzuwenden seien. In der Entscheidung vom 23. Januar 1897[3]) führt es dagegen bereits aus, dass man auch bei Billigung der obigen Begründung doch nicht verkennen dürfe, dass die Verurteilung zu Strafen wegen einer dem Urteile auf Unterlassung widersprechenden Handlung Zwangsmittel zur Verhütung fernerer Zuwiderhandlungen seien, wie auch die Motive von einem Zwang sprächen; die Verur-

[1]) So Gaupp-Stein S. 737. 738.
[2]) Entsch. d. R.G. Bd. 36 S. 418.
[3]) Entscheid. d. R.G. Bd. 38 S. 423 ff.

eilung geschähe, um den Schuldner zur Befolgung seiner Pflicht zu nötigen.

Sollte etwa gegen die hier vertretene Auffassung eines rein zivilprozessualen Charakters der Maßnahme des § 890 eingewandt werden, dass von diesem Gesichtspunkte aus der Antragsteller nicht genügend geschützt sei, der Antraggegner müsse vielmehr im Hinblick auf eine unwiederbringlich verfallene „Strafe zum Gehorsam gegen die einstweilige Verfügung angehalten werden, so dürfte dieses Bedenken nicht stichhaltig sein.

Auch bei der hier entwickelten Auffassung ist ein genügender Zwang vorhanden. Denn der der einstweiligen Verfügung Zuwiderhandelnde übernimmt mit dieser Zuwiderhandlung das Risiko, daß er bei seinem etwaigen Unterliegen im Prozess nicht nur den Verlust dieses Prozesses zu tragen, sondern auch obendrein noch die für jeden Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Strafe zu entrichten hat. Diese Risikoübernahme wird ihn genügend anhalten, nur im Falle des Bewußtseins seines Rechts der einstweiligen Verfügung zuwider zu handeln.

Alle dargelegten Gründe führen also immer wieder zu dem Schluß, daß die Maßregeln des § 890 C.P.O. lediglich zivilprozessuale Zwangsvollstreckungsmittel sind, um die auf dem gewöhnlichen Weg nicht zu vollstreckenden Urteile auf Unterlassung zur Durchführung zu bringen und nicht Strafe im Sinne des Strafrechts.

Zum Schluß der Abhandlungen sei nunmehr noch an einigen wichtigen Konsequenzen erörtert daß die hier vertretene Anschauung von dem Charakter der Massnahmen des § 890 zu einem brauchbaren Ergebnis führt. –

Zunächst sei die Art der Vollstreckung behandelt.

Wilmowski-Levy (S. 1118), Struckmann-Koch (S. 307), Gaupp-Stein (S. 745), Seuffert (S. 383/84), Planck (S 796) kommen aus ihrer Anschauung von dem reinen Strafcharakter der Maßnahmen des § 890 zu der Folgerung, daß diese von Amtswegen zu vollstrecken seien[1]); auch Reincke und Falkmann nehmen dieses an.

Ueber die Art und Weise dieser Vollstreckung gehen aber ihre Ansichten wieder auseinander. Struckmann-Koch (S. 307) und Wilmowski-Levy (S. 1118) wollen in richtiger Durchführung ihrer Ansicht, dass eine wirkliche Strafe im Sinne des Strafgesetzbuches vorliege, die Strafen nach § 483 Str PO.[2]) vollstreckt sehen. Dieselbe Auffassung teilt auch Reincke (S. 747). Gaupp-Stein (S. 745) sowie Planck (S. 796) dagegen wollen diese strafrechtlichen Vorschriften nicht angewendet wissen, und auch das Oberlandesgericht Dresden in seiner Entscheidung vom 25.Februar 1902[3]) vertritt den Standpunkt, dass auf die Strafen des § 890, die das gesamte Zivilprozessverfahren und die Zwangsvollstreckung im

[1]) Entsch. d. OLG. Breslau in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. [illegible].

[2]) A. M. Hellmann S. 887.

[3]) Seuff. Arch. Bd. 57 S. 247 ff.

besonderen betreffenden allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Reincke (S. 747) und Kleinfeller (S. 691) stellen sogar weiter die Forderung auf, dass die Haftstrafe nur vollstrekt werden könne, nachdem der Gläubiger den gemäß § 911 CPO. erforderlichen Vorschuss geleistet habe.

Wie aber doch Reincke die Massnahmen des § 890 nach strafrechtlichen Regeln vollstreckt sehen will, und Kleinfeller von ihnen sagt, dass sie ihrem Zwecke nach Mittel indirekten Zwanges, nach Form und Inhalt aber Ordnungsstrafen seien, ist ihr Verlangen, dass der Gläubiger vor der Vollstreckung gemäss § 911 C.P.O. Kostenvorschuss zu leisten habe, einfach nicht folgerichtig. Nur wenn man der hier vertretenen Ansicht folgend, die Maßnahmen des § 890 als reine zivilprozessuale Maßregeln für Vollstreckung eines Rechtstitels ansieht, kann und muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Strafe durch den Staat nur auf Parteibetrieb und -Kosten zu vollstrecken ist, wie es in § 911 für die Erzwingung des Offenbarungseides ausdrücklich angeordnet ist. Man könnte allerdings aus dieser ausdrücklichen Anordnung in dem genannten Paragraph argumento e contrario folgern, daß für den vorliegenden Fall diese Bestimmungen nicht zuträfen. Und es muß zugegeben werden, daß an sich ein solcher Schluß richtiger erscheint als der umgekehrte Grundsatz der Anwendung einer Analogie. Hätte nämlich der Gesetzgeber selbst daran gedacht, daß beide Fälle analog zu behandeln wären, so würde er bei der im Gesetze der Reihenfolge nach zuerst kommen-

den Stelle diese ausdrückliche Bestimmung aufgenommen haben, während sie jetzt bei einer späteren Gelegenheit getroffen ist. § 888 CPO., der doch auch dem § 911 vorausgeht, enthält gleichfalls keine ausdrückliche Vorschrift, daß die Bestimmung des letztgenannten Paragraphen bei ihm anzuwend ist und doch wird hier allgemein ein Pflicht zur Zahlung eines Kostenvorschußes angenommen. (Gaupp-Stein S. 737,738). Indessen ergibt sich die hier vertretene Anschauung auch nicht aus der Anwendung einer Analogie, sondern aus dem inneren Wesen der Maßnahmen des § 890. Wenn der Gesetzgeber die Frage nach vorstehendem zweifelhaft gelassen hat, so hat es wohl gerade der Auffassung von dem Wesen der angedrohten Strafe überlassen bleiben sollen, zu einer bestimmten Entscheidung zu gelangen.

In Preussen ist freilich bisher der strafrechtliche Charakter der Massnahmen des § 890 als überwiegend angesehen worden, wie aus den Vollstreckkungsvorschriften hervorgeht In der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher steht ausdrücklich, dass im Falle des § 890 Abs. 1 der Gerichtsvollzieher nicht im Auftrage des Gläubigers, sondern auf Grund eines von dem Prozessgericht zu erteilenden amtlichen Auftrags zu vollstrecken hat. Auch ist ausdrücklich auf Strafprozessordnung § 114 Bezug genommen worden.[1]) Diese Charakterisierung

[1]) § 83 No. 7, § 90 No. 3; ebenso in Elsass-Lothringen § 83, in Bayern 45 No. V. in Birkenfeld § 83,88

der Massnahmen des § 890 durch die Anweisungen für die Gerichtsvollzieher kann aber durchaus nicht als authentische Interpretation des Gesetzes angesehen werden.

Denn sie sind keine Gesetze, sondern nur Ausführungsbestimmungen, die ohne Mitwirkung der gesetzgebenden Faktoren zustande gekommen sind. Daß sie nicht immer die dem Gesetze entsprechende richtige Meinung vertreten, geht aus einer Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53 S. 182/83 hervor. Hier hat das Reichsgericht bezüglich der Vollstreckung der Strafe aus § 888 auch eine der preussischen Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher entgegengesetzte Ansicht als die juristisch richtige hingestellt. Wenn aber das Reichsgericht, wie es schon in Band 38 S. 423 ff. getan hat, immer mehr den reinen zivilprozessualen Charakter der erwähnten Massnahmen betont, werden schließlich auch die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften sich danach richten müßen.

Eine zweite Konsequenz betrifft die Vollstreckungsverjährung.

Während es, wenn man den Maßnahmen des § 890 strafrechtlichen Charakter beilegt, zweifelhaft ist, unter welcher Ziffer des § 70 Str. G. B. die Vollstreckungsverjährung unterzubringen wäre, kommt man auf Grund der hier entwickelten Ansicht von dem Charakter der fraglichen Maßnahmen zu einem bei weitem befriedigenderem Ergebnis.

Dann finden nämlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung.

An und für sich verjährt ein rechtskräftig festgesetzter Anspruch nach § 218 BGB. in 30 Jahren.

Mit Rechtskraft des Straffestsetzungsbeschlußes allein ist jedoch ein vollständiger Rechtstitel nicht entstanden, dieser behält vielmehr nach den obigen Ausführungen rechtliche Bedeutung nur dann, wenn sich später herausstellt, daß auch seine Voraussetzuug, nämlich die einstweilige Verfügung oder des Urteil zu Recht besteht. Der Beschluß und die Wirkung seiner Rechtskraft ist vollständig abhängig von dem Rechtstitel. Es gibt eben keinen selbständig verjährbaren Strafauspruch.

Insoweit kann deshalb nicht unbedingt von einem rechtskräftig festgestellten Anspruch die Rede sein und eine Verjährung nach § 218 ist daher trotz des formellen rechtskräftigen Straffestsetzungsbeschlußes ausgeschlossen.

Ferner dient auch nach dem Ausgeführten die Strafandrohung und die Straffestsetzung nur dazu, den Hauptanspruch des Gläubigers zu sichern, wie ja auch nur auf Antrag des Gläubigers eine Strafe verhängt wird. Aus beiden Abhängigkeitsmomenten ergibt dass sich, die Strafe nur als eine Nebenleistung zum Hauptanspruch darstellt, wie es sich in der einstweiligen Verfügung bezw. in dem Urteil verkörpert.

Die Verjährung des Anspruchs auf die festgesetzte Strafe richtet sich demnach nach § 224 BGB. und zwar nach der jeweiligen Verjährung des Hauptanspruches.

Mit diesem Ergebnis kommt man auch wieder

zu einer Uebereinstimmung mit der Frage der Verjährung der Strafe aus § 888 ZPO., hinsichtlich deren Gaupp-Stein (S. 738) sagt, daß sie mit dem Anspruch des Gläubigers selbst verjährt und eine solche übereinstimmende Verjährung erscheint, bei der schon mehrfach hervorgehobenen Verwandschaft der beiden Paragraphen durchaus wünschenswert.

Dem hier vertretenen Standpunkt des rein zivilprozessualen Charakters der Maßnahmen des § 890 entspricht es schließlich auch, wenn man die allgemein auf zivilprozessualen Verhältnisse geltenden Rechtsregeln auch auf sie zur Anwendung bringt und auch hier den Grundsatz ne eat iudex ultra petita partium als maßgebend ansieht. Wenn der Gläubiger z. B. kein Interesse daran hat, den Schuldner für einen Fall der Zuwiderhandlung mit mehr als 50 ℳ Strafe zu belegen oder über ihn keine Haft verhängt sehen will, so darf der Richter nicht, wie im Strafrecht nach freiem Ermeßen entscheiden, sondern ist an dieses Höchstmaß gebunden. [1])

Schultzenstein [2]) bemerkt bezüglich der Maßnahmen des § 890 „Möglich ist nur zweierlei:

Entweder hat man es mit Zwangsmitteln zum Zwecke der Willensbeugung zu tun, ebenso wie bei den Maßnahmen der §§ 887—889. . . .

Die zweite Möglichkeit ist die, daß die Geldstrafe und die Haft nicht den Charakter eines bloßen Zwangsmittels haben, sondern eine wirkliche

[1]) Entsch. d. R.G. Bd. 36 S. 420; vergl. Hellmann S. 887; a. M. Wilmowski-Levy S. 1118; Struckmann-Koch S. 307; Seuffert S. 583; Planck S. 794.

[2]) Bei Busch Bd. 35, S. 515,517.

Strafe eine der Verbrechersstrafe gleichstehende Massregel sind.

Durch die vorstehende Abhandlung dürfte m. E. der Nachweis geführt sein, daß den Maßnahmen des § 890 jeder strafrechtliche Charakter abgeht. Es bleibt somit nur die andere Möglichkeit bestehen, daß sie ein rein zivilprozeßuales Zwangsvollstreckungsmittel ist, um die auf dem gewöhnlichen Wege nicht zu vollstreckenden Urteile auf Unterlassung zur Durchführung zu bringen.